

MATERNIDADE E PRISÃO: PESQUISA EMPÍRICA NO TJSP APÓS O HC COLETIVO 143.641 DO STF

Motherhood and prison: empirical research in the tjsp after the collective hc 143,641 of the supreme court

CHRISTOPHER ABREU RAVAGNANI

Mestre em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Professor de Direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda

JOSIELLY LIMA ITO

Graduanda em Direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda de Ituverava-SP

BRUNO HUMBERTO NEVES

Graduado em Direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda de Ituverava-SP

Resumo: O presente trabalho teve por objeto de estudo a aplicabilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo número 143.641. Para tanto, utilizou-se a metodologia empírica de abordagem qualitativa, em decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo que versavam sobre pedidos de prisão domiciliar para presas gestantes e mães de crianças. A análise dos acórdãos permitiu a conclusão de que o indeferimento da prisão domiciliar, que seria exceção conforme a decisão da Suprema Corte, tornou-se regra.

Palavras-chave: Maternidade; Supremo Tribunal Federal; Prisão domiciliar.

Abstract: The paper aims to study the applicability of the decision of the Federal Supreme Court in Habeas Corpus collective number 143,641. For that, we used an empirical methodology of qualitative approach, in decisions of the Court of Justice of São Paulo that dealt with requests for house arrest for pregnant prey and recent mothers. The analysis of the judgments allowed the conclusion that the rejection of house arrest, which is the exception according to the Supreme Court, has become the rule.

Keywords: Motherhood; Supreme Court; House arrest.

1 INTRODUÇÃO

Os estabelecimentos prisionais brasileiros sejam eles provisórios ou para o cumprimento definitivo da pena não são ambientes propícios para os seres humanos - mormente para as mães - pois essas mulheres possuem postulados constitucionais violados. Com a finalidade de resguardar os direitos das mães de crianças e gestantes presas cautelarmente, a Defensoria Pública da União impetrou o Habeas Corpus coletivo nº 143.641, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), para fins de reparar a mencionada violação.

No dia 20 de fevereiro de 2018, o STF decidiu, por maioria de votos, conceder o Habeas Corpus coletivo nº 143.641 para determinar a substituição, em todo território nacional, das prisões cautelares por domiciliar de gestantes e mães de crianças de até 12 anos de idade ou de pessoas com deficiência.

Contudo, apesar da concessão da ordem, o STF possibilitou na decisão a manutenção da prisão em 3 (três) situações, quando o crime imputado seja cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, desde que devidamente fundamentadas.

Neste sentido, a fim de verificar a aplicabilidade da referida decisão, optamos pela metodologia empírica de abordagem qualitativa nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), que versavam sobre pedidos de prisão domiciliar para presas grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade incompletos, conforme a determinação trazida pelo Habeas Corpus coletivo nº 143.641.

O recorte temporal da pesquisa compreendeu o período de julho a dezembro de 2018. Para fins de filtrar as decisões de segundo grau que tinham por objeto a concessão de prisão domiciliar decorrente da maternidade pleiteando a aplicação do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, utilizamos a ferramenta de busca do site do TJSP com as seguintes expressões de busca: “prisão domiciliar” e “gravidez”. Neste recorte foram encontrados 168 *Habeas Corpus* que tinham por objeto a concessão de prisão domiciliar às presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos incompletos, nos termos do Habeas Corpus coletivo nº 143.641.

Portanto, analisamos se a referida decisão do STF vem sendo cumprida pela magistratura paulista, levando-se em consideração que foi emanada uma ordem da mais alta

instância do Poder Judiciário e todas as instâncias têm o dever de cumpri-la, salvo nas hipóteses excepcionadas na decisão, porém que necessitam ser devidamente fundamentadas para fins de denegação da ordem.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS EM FACE DA MATERNIDADE NA PRISÃO

Neste momento, discorrer-se-á sobre três princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana, individualização da pena e limitação de penas cruéis – os quais são, diuturnamente, violados pelo encarceramento da mulher, máxime as gestantes e mães de recém-nascidos.

A prisão preventiva, ao confinar mulheres – grávidas, lactantes, puérperas, com filhos menores ou deficientes – em estabelecimentos prisionais precários tira delas o acesso a programas de saúde, pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, tendo em vista que isso afeta a capacidade de aprendizagem e socialização, ocasionando assim uma transferência da pena da mãe para o filho. (BOITEUX; FERNANDES; PANCIERI, 2017).

Desse modo, o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal é violado, pois quando a mãe encarcerada “exerce” a maternidade dentro do cárcere, há um compartilhamento da prisão, de modo que os filhos vivenciam todas as dores e traumas resultantes do encarceramento, os quais lhes marcam a vida.

No período de 2000 a 2016 a população carcerária feminina aumentou 525%, ou seja, 40,6 mulheres encarceradas para cada 100 mil, o que faz com que o Brasil ocupe o 3º lugar no ranking mundial de encarceramento “perdendo” apenas para a China e Estados Unidos, respectivamente. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018). Assim, a população prisional cresceu, mas os estabelecimentos que abrigam as detentas não.

Além disso, a superlotação carcerária provoca violação dos limites estabelecidos normativamente pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 88, que institui que cada presa tem direito a 6 metros quadrados de cela, mas na prática acaba tendo apenas 70 centímetros nas

prisões mais superlotadas. Quando tem! Vive-se a era do grande encarceramento. A "indústria de controle" assumiu papel de "indústria de extermínio", porque não só não polui, como "higieniza" as ruas, visto que se transformou em um remédio competente a curar todos os males. (ROSA; KHALED JÚNIOR, 2018).

Com efeito, em 2016, apenas 55 unidades, ou seja 16%, em todo país declararam apresentar celas ou dormitórios para gestantes e 50% das gestantes estão em unidades que possuem celas adequadas para recebê-las; em relação aos berçários e/ou centro de referência materno-infantil, somente 14% das unidades femininas ou mistas contam com referida acomodação, sendo que esses espaços são destinados aos bebês de até 02 anos de idade; já as unidades mistas ou femininas que possuem creches, são capazes de receber apenas 3% das crianças acima de 02 anos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

Neste sentido, referidas situações violam o princípio constitucional da limitação de penas cruéis, insculpido no artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e", e o princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, III, ambos da Constituição Federal. Além do cenário apresentado, existem outras circunstâncias em que a dignidade da mulher e a vedação de penas cruéis são profanadas, quais sejam, alimentação inadequada, ausência de itens básicos de higiene, máxime em razão da fácil proliferação de doenças e a falta de acompanhante durante o parto.

Nesse contexto, as penitenciárias brasileiras são verdadeiros depósitos de gente e o que mais se aproxima do título do holocausto é a estrutura punitiva. Segundo Casara (2018), em razão do modelo de Auschwitz não ser levado a sério faz com que a população festeje a violação dos direitos fundamentais e isso torna-se um forte indício para que a barbárie se repita.

Batista (2008), ao analisar o processo de prisionalização nos Estados Unidos, Europa e Brasil, questiona o motivo de a grande massa carcerária estar composta pela juventude negra, isto é, a juventude latino-americana, e agora, com essa nova onda, a juventude árabe. Isso se dá pela criação de uma mentalidade punitiva, de uma cultura punitiva, que vai ser resolvida através da pena, diminuindo a maioridade penal, aumentando o tempo de prisão e escondendo o tempo todo que o sistema penal é uma máquina de seletividade.

Consolidou-se, assim, sustenta Andrade (2013), uma identificação dos estereótipos de criminalidade, predominantemente recortada pela seletividade de gênero e racial, numa sociedade cada vez mais comandada pelo poder do espetáculo midiático. A construção desses

perfis pertencentes a “grupos de risco” viabiliza que esses indivíduos sejam neutralizados pelo maior período possível a partir da aplicação da pena privativa de liberdade, eis que são facilmente identificados e classificados pelos agentes do sistema punitivo. (WERMUTH, 2017).

O fortalecimento desse discurso punitivo no Brasil está, segundo Boiteux (2015), na militarização do “combate” às drogas, na violência policial, no aumento de penas e principalmente na imposição em massa da pena de prisão. Conforme preconiza Khaled Junior (2018), o Estado esquia-se dos investimentos sociais necessários e tal fato faz com que o direito penal sirva de remédio apto para curar todos os males, mas a prisão não ressocializa, ela dessocializa, pois é impossível querer uma ressocialização através da exclusão e isolamento.

Sendo assim, as prisões brasileiras são destinadas a destruição do outro, quase tudo tem como resposta o encarceramento. Ter as prisões como único meio alternativo não resolve problemas, cria outros. (CARVALHO, 2014). Para um Estado de direito, as mazelas se apresentam nas prisões desenfreadas das mulheres as quais são as mais vulneráveis na dinâmica do crime - alvo fácil da criminalização - e sofrem as consequências das condições estruturais do sistema social apresentando, dessa forma, as colunas estruturais de um Estado Penal e não de um Estado Democrático de Direito. (AMPARO; SANTANA, 2018).

Desse modo, constata-se que em face do encarceramento *à la* brasileira, os princípios constitucionais são violados constantemente, não só das mulheres, mas da população carcerária em geral. O nosso Sistema de Justiça Criminal é uma máquina de seletividade, masoquista e sádico que não hesita em reduzir o outro a um mero objeto, gerando assim um ciclo vicioso de sofrimentos autodestrutivos.

Logo, é necessário dar um tratamento justo aqueles que estão dentro do sistema penitenciário, bem como proporcionar assistência aos egressos. Deve-se modificar a forma que se vê os menos favorecidos na sociedade capitalista competitiva brasileira. A prisão deve, de fato, ser a *última ratio* à luz do Sistema de Justiça Criminal. Não se pode esperar que uma pessoa que foi tratada como um animal no sistema carcerário saia de lá recuperada de seus erros.

Portanto, analisar-se-á na seção seguinte o acórdão do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641, a abrangência da aplicação e as possibilidades de indeferimento da mencionada ordem.

3 O HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI Nº 13.769 DE 2018

A Defensoria Pública da União impetrou perante o STF o *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641, em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos de idade ou deficientes. (BRASIL, 2018).

De acordo com o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, órgão responsável por redigir o recurso, a finalidade do *Habeas Corpus* coletivo é tutelar os direitos de mulheres submetidas ilegalmente ao encarceramento e que não desfrutam do devido acesso à justiça, mas que compartilham o mesmo *status*. Deferir um recurso a uma, duas ou a algumas mulheres é criar uma abominável forma de discriminação. (BRASIL, 2018).

Os motivos que ensejaram a interposição do referido *Habeas Corpus* coletivo foi o fato de que no dia 18 de dezembro de 2018, o ministro Gilmar Mendes concedeu a Adriana Alcelmo mulher de Sérgio Cabral - ex-governador do Rio de Janeiro - prisão domiciliar para substituir sua prisão preventiva e utilizou como fundamento a circunstância de Adriana possuir filhos e ser absolutamente preocupante a prisão de mulheres grávidas ou com filhos menores de 12 anos de idade, razão a qual determinou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de não acarretar punição excessiva à mulher ou às crianças. (BRASIL, 2017).

Neste sentido, no dia 20 de fevereiro de 2018, o Ministro relator Ricardo Lewandowski, Ministro Celso de Mello, Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Edson Fachin, integrantes 2ª (segunda) turma do STF, decidiram, por maioria de votos, conceder *Habeas Corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de todas as mulheres presas, em todo o território nacional, desde que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos incompletos ou de pessoas com deficiência. Outrossim, os ministros estenderam a ordem, de ofício, para as adolescentes sujeitas às medidas socioeducativas, em idêntica situação. (BRASIL, 2018).

Nessa toada, a decisão foi oficiada aos presidentes dos tribunais estaduais e federais, e da Justiça Militar Estadual e Federal, para que no prazo de 60 dias aplicassem a determinação imposta. Porém, caso haja o descumprimento do referido acórdão, a ferramenta adequada a ser utilizada é o *Habeas Corpus* - remédio constitucional que resguarda os direitos fundamentais passíveis de constrangimento ilegal -, ou mesmo a via recursal.

Apesar do parecer favorável, a Suprema Corte definiu 3 (três) situações em que a substituição da prisão cautelar das mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade pela domiciliar comporta denegação: crimes praticados mediante violência ou grave ameaça a pessoa, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, desde que devidamente fundamentadas. (BRASIL, 2018).

Com efeito, após a concessão do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal, entrou em vigor a Lei n. 13.769 de 2018 com o fito de estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. (BRASIL, 2018).

Neste sentido, a Lei n. 13.769 de 2018 alterou o Código de Processo Penal, para fins de acrescentar o art. 318-A, regulando a hipótese de substituição da prisão preventiva pela domiciliar às gestantes presas que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que o delito não tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa (inciso I), bem como o crime não tenha por sujeito passivo seu filho ou dependente (inciso II). (BRASIL, 2018).

Outrossim, a Lei n. 13.769 de 2018 incluiu o art. 318-B ao Código de Processo Penal, para dispor que a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (BRASIL, 2018).

Nota-se que a referida legislação explicitou as exceções previstas pela Corte Suprema para inadmitir a substituição da prisão preventiva pela domiciliar e não tratou, expressamente, da possibilidade de negativa da prisão domiciliar em razão de “situações excepcionalíssimas” admitidas no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, ao retirar a denominada “situação excepcionalíssima” admitida no remédio heroico concedido pelo Supremo Tribunal Federal, o legislador restringiu a possibilidade de subjetivismo por parte do julgador ao apreciar as hipóteses concretas envolvendo prisões preventivas de gestante presa ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

Neste sentido, será analisado na seção seguinte o cumprimento da ordem de *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do Supremo Tribunal Federal pela magistratura paulista, através dos *Habeas Corpus* impetrados perante o TJSP, que tenham por objeto os requisitos previstos na decisão da Suprema Corte.

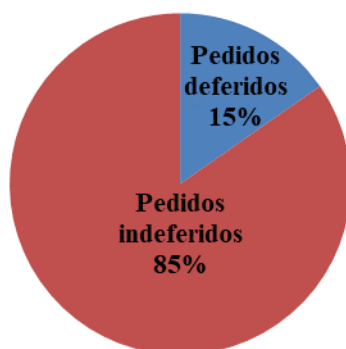
4 ESTUDO EMPÍRICO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Para fins de constatar a aplicabilidade da decisão proferida no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do STF, procedemos a colheita de dados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no período de julho a dezembro de 2018, meses esses subsequentes ao deferimento da decisão, através das seguintes expressões de busca: “prisão domiciliar” e “gravidez”.

O recorte da pesquisa apresentou 168 (cento e sessenta e oito) *Habeas Corpus* que tinham por objeto a concessão de prisão domiciliar às presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos incompletos, nos termos dos parâmetros definidos no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do STF.

Nesse sentido, o Gráfico 01, a seguir descrito, expõe o percentual de *Habeas Corpus* que foram deferidos e indeferidos em favor das presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos incompletos, no período de julho a dezembro de 2018, conforme os requisitos estabelecidos no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do STF.

Gráfico 01 - Percentual de *Habeas Corpus* dos meses de julho a dezembro de 2018 do TJSP, tendo como objeto o *Habeas Corpus* nº 143.641 do STF.



Fonte: Gráfico elaborado pelos autores baseado em dados retirados do site do TJSP (2018).

Como se vê, foram analisados um total de 168 (cento e sessenta e oito) *Habeas Corpus*, sendo que apenas 26 (vinte e seis) pedidos foram deferidos e 142 (cento e quarenta e dois) indeferidos. Assim, após os dados analisados no Gráfico 01, ficou demonstrado que a magistratura paulista demonstra relutância em conceder a prisão domiciliar às mães ou gestantes encarceradas, pois apenas 15% (quinze por cento) dos *Habeas Corpus* impetrados foram deferidos.

As decisões que denegaram os pedidos de *Habeas Corpus* impetrados perante o TJSP eram modelos de adesão, as quais somente modificaram o número do processo, o nome das partes e o conteúdo fático, todavia, com relação aos fundamentos jurídicos permaneceram idênticas as demais câmaras criminais.

As possibilidades de indeferimento dos pedidos que foram apresentadas no acórdão pelos ministros do STF deveriam ser aplicadas como exceção para a manutenção da prisão, pois a regra é que todas as mulheres encarceradas gestantes, lactantes ou com filhos menores de 12 anos incompletos, tenham suas prisões domiciliares concedidas.

O Gráfico 02, a seguir descrito, expõe uma análise minuciosa dos pedidos que foram indeferidos nos *Habeas Corpus* interpostos no TJSP e que se utilizaram da possibilidade genérica “situações excepcionais” apresentada no acórdão do *Habeas Corpus coletivo* nº 143.641 para negarem a concessão da prisão domiciliar às presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade.

Gráfico 02 - Percentual de *Habeas Corpus* indeferidos perante o TJSP em razão de "situações excepcionais".



Fonte: Gráfico elaborado pelos autores baseado em dados retirados do site do TJSP (2018).

No que diz respeito aos pedidos indeferidos por crime praticado mediante violência ou grave ameaça a pessoa – legendado no gráfico com a coloração azul escuro – representam 54 (cinquenta e quatro) *Habeas Corpus*. Os *Habeas Corpus* indeferidos tiveram como fundamento a exceção prevista no *Habeas Corpus* nº 143.641 referente aos delitos cometidos mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a qual impossibilita, presente esse requisito, a concessão da prisão domiciliar. Referida exceção, como visto, também é prevista no art. 318-A, inciso I, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.769 de 2018, tratando-se, portanto, de uma situação excepcional à concessão da prisão domiciliar.

No tocante aos pedidos indeferidos em razão da não comprovação da imprescindibilidade da presença materna – legendado no gráfico com a coloração vermelho escuro – representam 50 (cinquenta) *Habeas Corpus*. É nítido e cristalino que a presença da mãe na vida e no desenvolvimento do filho é de extrema importância e não é algo que necessita ser comprovado nos autos. A subjetividade da expressão imprescindibilidade, conforme adverte Braga e Franklin (2016), é um fator que contribui para que não haja um critério rígido que determine o que pode se considerar imprescindível e o que não é, dando arbítrio ao julgador para conceder a prisão domiciliar unicamente nos casos em que lhe “parecer correto”.

No que se refere aos pedidos indeferidos em razão do resguardo à ordem pública – legendado no gráfico com a coloração verde escuro – representam 16 (dezesesseis) *Habeas Corpus*. Mais uma vez os julgadores se utilizaram das "situações excepcionalíssimas", exceção abordada no acórdão do recurso coletivo, como fundamento para manter as mães e gestantes encarceradas. Ora, admitir a fundamentação vazia da garantia da ordem pública para justificar a prisão, é dizer que a prisão cautelar será admitida sempre que for conveniente ao julgador, o que esvazia plenamente os direitos e garantias fundamentais relacionados à liberdade.

No tocante aos pedidos indeferidos em razão da presa ser reincidente específica – legendado no gráfico com a coloração roxo escuro – representam 09 (nove) *Habeas Corpus*. O fundamento jurídico da reincidência, por si só, também não é fundamento idôneo para a denegação da prisão domiciliar, posto que demonstraria um juízo antecipado da culpa, o que fere de morte o princípio da presunção de inocência, demonstrando-se, mais uma vez, que ao permitir as "situações excepcionalíssimas", a manutenção no cárcere se torna regra.

Quanto aos pedidos indeferidos em razão do crime ter sido cometido dentro da residência da presa e na presença dos filhos – legendado no gráfico com a coloração azul claro – representam 05 (cinco) *Habeas Corpus*. De acordo com os estudos e dados apresentados anteriormente, o único risco que ficou demonstrado na relação mãe e filho é referente ao afastamento materno. É apenas mais uma fundamentação vazia e desconexa para indeferir os pedidos e se aproveitar da brecha, ou seja, exceção, que a Suprema Corte possibilitou para a manutenção do cárcere.

No que se refere ao pedido indeferido em razão do delito ter sido cometido contra seu descendente – legendado no gráfico com a coloração laranja – representa 1 (um) *Habeas*

Corpus. Verifica-se que essa fundamentação foi prevista expressamente no *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 do STF como um óbice para fins de impedir a concessão da ordem. Desse modo, no recorte de 168 (cento e sessenta e oito) *Habeas Corpus*, apenas um único pedido comporta possibilidade real de indeferimento.

Com efeito, no que diz respeito aos pedidos indeferidos em razão da maternidade não poder ser lançada para justificar a concessão da prisão domiciliar – legendado no gráfico com a coloração azul – representam 2 (dois) *Habeas Corpus*. Ora, se o objetivo do recurso coletivo é tutelar os direitos e garantias fundamentais das mulheres presas, bem como dos seus filhos, compelir essas mulheres a não lançarem a maternidade como motivo para a concessão da prisão domiciliar, significa desprezar totalmente o objetivo do *Habeas Corpus* coletivo.

Em relação ao único pedido indeferido em razão da não comprovação de que o estabelecimento prisional não possui estrutura e tratamento para a presa gestante - legendado no gráfico com a coloração vermelha - conforme exposto nas seções anteriores, é de repercussão mundial a situação degradante em que essas mulheres vivem, mormente as gestantes, de modo que não é um fato que precisa ser provado pelas pacientes. A razão do indeferimento está abarcada nas "situações excepcionalíssimas" e que são utilizadas para manter as mulheres encarceradas.

Do mesmo modo, os pedidos indeferidos em razão da não concessão para a garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal – legendados no gráfico com a coloração verde claro – representam 02 (duas) decisões, as quais são inidôneas para fins de justificação da prisão das gestantes ou mães de crianças menores de 12 anos de idade. O fundamento utilizado para denegarem os *Habeas Corpus* se enquadram nas "situações excepcionais" mencionadas no recurso coletivo da Corte Suprema, permitindo o subjetivismo do julgador para a manutenção da prisão cautelar.

Por outro lado, em relação ao pedido indeferido por desídia da paciente em não comparecer aos atos processuais e não ter informado corretamente o endereço - legendado no gráfico com a coloração roxo claro – representa 1 (um) *Habeas Corpus* indeferido. Mais uma vez, ocorre novamente a inversão da exceção trazida pelo acórdão da Suprema Corte, posto que bastaria a aplicação e fiscalização da prisão domiciliar para reparar a referida situação.

No que diz respeito ao pedido indeferido em razão da criança não estar desamparada após a prisão da mãe - legendado no gráfico com a coloração azul pastel - representa 1 (um)

Habeas Corpus. É mais uma fundamentação vazia e retórica, tendo em vista que a presença materna é imprescindível para o sadio desenvolvimento da criança.

Desse modo, conforme os dados analisados, os indeferimentos dos *Habeas Corpus* impetrados perante o TJSP – excetuado a primeira (crimes praticados mediante violência ou grave ameaça) e a sétima legenda (delito praticado contra seus descendentes) – utilizaram-se da exceção genérica “situações excepcionalíssimas”, constante do acórdão do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 para aplicá-la como regra.

Logo, se a decisão do STF era dar efetividade ao desencarceramento das gestantes e mães de crianças de até 12 anos de idade ou responsável por pessoa com deficiência, ao prever a hipótese genérica "situações excepcionalíssimas" de manutenção da prisão cautelar, possibilitou ao subjetivismo dos julgadores as hipóteses de concessão da ordem.

Daí que Streck e Oliveira (2012) estão corretos ao sustentar que nenhuma prisão pode ser decretada somente com base na gravidade do crime, há também a necessidade de outro fundamento jurídico concreto e não apenas político, econômico ou moral. Em um Estado Democrático de Direito, toda a privação de liberdade deve ser minuciosamente fundamentada pela autoridade, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana, pedra de toque do Estado Constitucional.

Nesse contexto, as prisões cautelares possuem tamanha abstração que qualquer um pode ter sua prisão decretada seja qual for o delito imputado. Prende-se com base na retórica vazia e mediante aplausos do povo, de modo que sociedade almeja que os cidadãos encarcerados fiquem nas piores condições possíveis, pois, caso contrário, há a sensação de “impunidade”. (CARVALHO, 2013).

Nesta quadratura, cabe o alerta feito por Casara (2017) ao tratar da influência da mídia nas decisões arbitrárias, configurando o que denomina o autor um verdadeiro Processo Penal do Espetáculo. Não basta proferir um despacho mal fundamentado e que viola os direitos básicos e fundamentais do indivíduo, é preciso ainda expor o que foi decidido para que tal fato seja aplaudido, aceito, difundido e ampliado pelo povo. Cada vez mais caminha-se rumo ao autoritarismo. (CASARA, 2017).

Desta maneira, o Poder Judiciário deve se distanciar das tensões políticas e ideológicas, pois a voz das ruas e do povo não podem ser elementos constitutivos de uma decisão judicial. A decisão que se deixa ser levada pela força das redes sociais e do senso

comum é equivocada e, se for tomada e não agradar a opinião pública, o magistrado que a proferiu é inimigo do povo. (BELLO, 2018).

Seja qual for a demonstração de poder, se não existe limites torna-se antidemocrático, seja o poder exercido pelo Estado ou por particulares, há a necessidade de limitação, pois é indispensável para a efetivação de um Estado Democrático. (CASARA, 2018).

O sistema penal, portanto, conforme bem expõe Karam (2011), não alivia as dores de quem sofre perdas causadas por pessoas que eventualmente desrespeitam e agredem seus semelhantes, ao contrário, o sistema penal manipula essas dores para viabilizar e legitimar o danoso poder punitivo. Nem o Estado e seus servidores respeitam as "regras do jogo", fazendo com que o sistema não funcione e mais do que buscar o reconhecimento de novos direitos humanos, a luta é pela sua efetiva aplicação. (RAVAGNANI; GOMES; NEVES, 2018).

Por fim, anterior ao *Habeas Corpus* coletivo, existiam outras medidas que poderiam ser aplicadas pelos julgadores em benefícios das gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos, tais como as Regras de Bangkok, Estatuto da Primeira Infância, o Pacto de São José da Costa Rica, o artigo 318 do Código de Processo Penal e a própria Constituição Federal, que consagra por fundamento a dignidade da pessoa humana, termo quase em desuso diante do contexto de ódio instalado em *Terrae Brasilis*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos dados do sistema de Justiça Criminal é elementar para averiguar a realidade do sistema prisional e demonstrar as violações de direitos fundamentais sofridas pela população carcerária, mormente as presas durante o período de gestação e amamentação, em decorrência do ambiente insalubre e inapropriado que são as prisões brasileiras.

De um modo geral, constatou-se que embora existam outros institutos que tratam da mesma matéria, fez-se necessário a impetração de um recurso coletivo com o intuito de efetivar os direitos fundamentais sonegados das presas gestantes e mães de filhos de até 12 anos de idade. Entretanto, se anteriormente a decisão do STF as normas existentes não eram aplicadas e efetivas, posterior ao *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641, as violações aos direitos fundamentais das presas e consequentemente dos seus filhos continuam práticas rotineiras.

O estudo empírico realizado no TJSP para averiguar o cumprimento da ordem da Corte Suprema, ofereceu suporte para detectar a resistência da magistratura paulista em conceder a prisão domiciliar às presas gestantes e mães de filhos de até 12 anos de idade, de modo que a manutenção da prisão, que era para ser exceção, tornou-se regra.

Os fundamentos jurídicos dos pedidos denegatórios são abstratos, desconexos, vazios e retóricos, portanto, à margem do texto constitucional. Esses posicionamentos, máxime quando se utilizam dos fundamentos de que compete à defesa a demonstração da imprescindibilidade da presença materna, ressuscitam a aplicação do processo penal à lógica inquisitorial, cujos efeitos nocivos se apresentam diariamente.

Em face disso, ao contrário do que frequentemente (e erroneamente) é utilizado pelos julgadores, a utilização da prisão não soluciona o problema da delinquência, todavia, gera ainda mais violência no sistema carcerário, constituindo prática ultrajante e cruel sonegar direitos fundamentais das mulheres em situação de maternidade.

Neste sentido, a pesquisa demonstra que o legislador ao acrescentar o art. 318-A ao Código de Processo Penal, apesar de ainda prever duas hipóteses impeditivas de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, agiu com acerto ao retirar a hipótese genérica “situações excepcionalíssimas” admitida no *Habeas Corpus* coletivo, posto que a Suprema Corte ao “tentar” dar efetividade à liberdade, na verdade criou um novo mantra para permitir a festejada manutenção da prisão, ao exemplo da “garantia da ordem pública” - de uso banal - utilizada para decretar a prisão ao bel prazer do julgador.

A questão a ser indagada é: qual medida precisa ser adotada para garantir os direitos fundamentais dessas mulheres? É preciso a criação de um tipo penal, já que o Direito Penal é resposta para todas as mazelas? Não basta a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana? Onde está o compromisso do Poder Judiciário? A serviço dos “homens de bem”?

6 REFERÊNCIAS

AMPARO, Taysa Matos; SANTANA, Selma Pereira. Dignidade, uma questão de justiça: a mulher, a maternidade e o cárcere. **Rev. de Criminologias e Políticas Criminais**, Porto Alegre, v. 04, n. 2, p. 21-44, 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/4712/pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A mudança do paradigma repressivo em segurança pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 67, p. 335-356, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. **Boletim do Instituto de Saúde**, v. 44, p. 19-22, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/n44/n44a06.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BELLO, Ney. **O Juiz combatente: a falácia da pós-modernidade**. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/08/24/o-juiz-combatente-a-falacia-da-pos-modernidade/>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BOITEUX, Luciana. Brasil: Reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 21, p. 1-6, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95772/brasil_reflexoes_criticas_boiteux.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Máira Costa; PANCIERI, Aline Cruvello. Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do rio de janeiro. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (**Anais Eletrônicos**), Florianópolis, 2017, p. 1-13. Disponível em: <http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499478926_ARQUIVO_Maternidadefazendogenero.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRAGA, Ana Gabriela. **Preso pelo estado e vigiado pelo crime**: As leis do cárcere e a construção da identidade na prisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. **Rev. Quaestio Iuris**, vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN MULHERES**, 2018. Organização, Thandara Santos. Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et.al.]. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus garante prisão domiciliar a Adriana Ancelmo**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365175>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Penal a Martelada**: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASARA, Rubens. **Estado Pós- democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. **Sociedade sem lei**: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

KARAM, Maria Lucia. Psicologia e sistema prisional. **Revista EPOS**. Rio de Janeiro, vol. 2, nº 2, p. 1-17, jul/dez. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2019.

KHALED JÚNIOR, Salah. H. **Discurso de Ódio e Sistema Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2018.

RAVAGNANI, Christopher Abreu.; GOMES, Luíza Gomes Campos Batista; NEVES, Bruno Humberto. O dolo eventual dos atores processuais em decisões penais arbitrárias. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Rio Grande do Sul, v. 6, n. 2, p.235-252, nov. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/87902/51578>. Acesso em: 28 ago. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes; KHALED JÚNIOR, Salah. H. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto**: as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2043-2073, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>>. Acesso em: 14 jun. 2019.